IX.

Ueber den Gerichtsstand der gelegenen Sache und die Frage: Kann bey dem persönlichen Richter des Beklagten dieser eine Realklage als Reconventio anstellen? Und umgekehrt, eine persönliche Klage gegen eine Realklage?

Von Herrn Dr. Heffter, Professor der Rechte zu Bonn.

Man kann es nach den neuesten Entdeckungen für entschieden ansehn, daß nach der ältern Römischen Gerichtsverfassung auch die Vindicationen bey dem persönlichen Richter des Besitzers der Sache angebracht werden mußten. Die Realklagen, mit Ausnahme der bey den Centumvirn vorkommenden, lösten sich ja als actiones arbitrariae bey der endlichen Entscheidung in eine pecuniäre Verurtheilung auf; das Recht an der Sache war nur der Streitpunkt, das Urtheil legte dem Besitzer eine obligatio auf, wenn er sich nicht durch Restitution der Sache davon befreyte. Obgleich nun in spätern Zeiten das Definitiv-Urtheil die letztre selbst ausgesprochen und einen Zwang dazu begründet haben mag, so hat doch selbst das neueste Römische Recht jenen Grundsatz über den Gerichtsstand nicht aufgehoben, sondern nur die Strenge einigermaßen gemildert und dem Richter der gelegenen Sache Concurrenz gegeben. Ich habe bereits in meinen Proceß-Institutionen, S. 143, darauf hingedeutet, und will nur die Beweise, mit einigen vermehrt, hier etwas genauer zusammenstellen.

Den bestimmtesten Beweis des frühern Rechts enthält ein Rescript Diocletians in den Vat. Fragmenten §. 326.:

> Actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. *Unde perspicis, non ejusdem provinciae praesidem adeundum, ubi res, de quibus agitur, sitae sunt, sed in qua is, qui possidet, sedes ac domicilium habet.*

Hiermit vereinigt sich auch Gajus ad ed. prov. lib. IV. in l. 1. §. 1. und l. 3. pr. D. *de alien. jud. mat. c. f.*

> Itaque si (quis alienando rem) *alterius provinciae hominem* aut potentiorem nobis opposuerit adversarium, tenebitur (ex edicto), quia etiamsi cum eo, qui alterius provinciae sit, experiar, *in illius provincia experiri debeo.*

Der Grund davon war, weil das imperium eines Provinzialrichters nicht in eine fremde Provinz hinüberreichte und daher die Gegenwart des Beklagten nicht erzwungen werden konnte. Auch später wurde das Princip actor rei forum sequatur noch immer als das allgemein entscheidende aufgestellt [1]: nur erlaubte Constantin [2]) und nach ihm Justinian [3]), wenn Jemand in einer andern Provinz Immobilien besaß und ein Andrer in seinem Namen den Besitz ausübte, durch den Letztern die Beyladung des eigentlichen Besitzers zu bewirken. Mehr scheint freylich in einer dazwischen liegenden Constitution vom Jahr 385 (l. 3. C. *ubi in rem actio*) gesagt zu seyn:

> actor rei forum, sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur. Sed et in locis, in quibus res,

1) S. l. 3. C. *ubi in rem actio.* Wovon nachher ein Mehreres. Vergl. Nov. Martiani (lib. III, Nov. 1. §. 6. 7.) Justiniani in l. 12. C. *de praescr. longi t.*

2) L. 1. C. *ubi in rem actio.*

3) Nov. 69. c. 1.

propter quas contenditur constitutae sunt, jubemus in rem actionem adversus possidentem moveri;

aber erstens konnten die Kaiser damit nicht mehr und nicht weniger sagen wollen, als was schon Constantin in der vorhin bemerkten Constitution verordnet hatte; dann wäre es auch möglich, daß man bey den Worten *in locis* an die locorum defensores oder Municipal-Obrigkeiten im Gegensatz zu den Provinzialrichtern zu denken hätte, endlich ist wohl auch das *adversus possidentem* nicht so ganz müssig und zeigt an: daß der Aufenthalt des Beklagten in der Provinz oder in locis vorausgesetzt werde. Gerade so, nämlich in dieser letzten Ansicht, ist die Sache in Ansehung der Erbschaftspetitionen entschieden. Auch hier bestimmt der Wohnort des Besitzers den Gerichtsstand [4]). Läßt er sich jedoch an dem Ort finden, wo die res haereditariae sind — si ibi degit, so soll oder kann auch hier die Hauptsache entschieden werden. L. un. C. *ubi de haered. agatur.* Schwerlich hatte dies einen andern Grund, als die Billigkeit. Das angeführte Gesetz ist ein bloßes Rescript und man sieht aus dem obigen spätern von Diocletian, daß es nur eine Ausnahme von der Regel zulassen wollte.

Das ist jedenfalls unwiderlegbar, daß das persönliche Forum im Justinianischen Recht auch das der gelegenen Sache mit in sich begreift, oder mit ihm concurrirt. Nur folgende Einzelnheiten machen noch Schwierigkeit und bedürfen einer nähern Betrachtung.

1. Licinius Rufinus sagt in l. 38. D. *de judiciis:*

Si autem per in rem actionem legatum petetur, *etiam ibi peti debet, ubi res est.*

Man könnte glauben, der Jurist habe bey dem legato per vindicationem relicto angenommen, die actio in rem

---

4) Vergl. l. 29. §. ult. D. *de inoff. test.*, wo von der querela in officiosa die Rede ist.

müsse nothwendig bey dem Richter der gelegenen Sache angebracht werden. Allein, wenn man das ganze Fragment im Zusammenhang liest, so ergibt sich ein Andres [5]. Rufinus handelt blos von der Frage: wo ist ein Legat vom Erben zu leisten? Dies entscheidet er, wenn der Legatar eine persönliche Klage nur hat oder anstellt, dahin: ibi dari debet, ubi est, und bey dem quod pondere, numero, mensura constat, *ibi, ubi petitur*. Wenn es nun alsdann von dem legato per vindicationem relicto heißt: *etiam* ibi peti *debet*, ubi res est, so sollte damit schwerlich mehr gesagt seyn, als: bey Bestimmung der Verbindlichkeiten des Erben rücksichtlich der Restitution des Legats, z. B. auch rücksichtlich der traditio vacuae possessionis, kommt es auf den Ort der Sache an, wie es an andern Stellen, z. B. in l. 10—12. D. de R. V. deutlicher gesagt ist [6]. In ähnlicher Art verhält es sich mit den Fideicommissen. Hier war durch mehrere Constitutionen bestimmt, ut ibi petatur fideicommissum, ubi haereditas relicta est (l. un. C. *ubi fideic. peti op.*) oder wenigstens ubi major pars hereditatis est (l. 50. pr. D. eod.), was offenbar von der praestatio fideicommissi hauptsächlich zu verstehen ist (vergl. l. 52. §. 2. ib.) Denn ein Rescript stellte als allgemeine Regel auf: ut illic fideicommissum petatur, ubi domicilium heres habet, gab auch dem Erben deshalb eine Präscriptio (ib. l. 50 fin. 52. pr.) An dem Ort, wo sich die legirte oder durch ein Fideicommiß hinterlassene Sache befand, konnte man indessen unstreitig, wenn sich der Erbe auch nicht daselbst finden ließ, eine sa-

---

5) Ich muß deshalb zurücknehmen, was ich S. 143, Not. 35. meiner Inst. zu bestimmt aufgestellt habe.

6) So erklärt auch Noodt ad tit. D. *de judiciis* die l. 38. aus Vinnius ad Inst. 4, 6, 1. No. 11. Hotomannus in Obs. III, c. 7. bringt, wie häufig, eine unnöthige Verbesserung in Vorschlag.

tisdatio oder missio in possessionem rerum haereditariarum custodiae causa fordern. (S. l. 26. 27. D. eod. und l. 5. §. 3. D. *ut legator. s. fideic.*) Ferner besteht ja zwischen dem Erben und Legatar oder Fideicommissar immer eine obligatio, und es mußte daher quasi ex contractu [7]) eine missio in bona cum effectu venditionis an dem Ort, wo Etwas als Legat oder Fideicommiß nach der Intention des Testators zu leisten war, Statt finden, nach der allgemeinen Regel in l. 20. D. *de judic.* und l. 3. D. *de reb. auct. jud. poss.* Nach dem neuern Recht versteht es sich ohnehin übrigens ganz von selbst, daß der Erbe, wenn er sich an den obigen Orten finden ließ, auch direct zur Einlassung auf die vindicatio legati oder petitio fideicommissi gezwungen werden konnte (l. 3. C. ubi in rem etc.)

2. Wegen der Interdicte heißt es in l. 2. C. *de interd.* ausdrücklich:

Praeses provinciae in eum, qui ejusdem provinciae non est, nec ex interdicto, potest cognoscere.

Es wird also das forum domicilii vorausgesetzt. Eine ausdrückliche Ausnahme davon macht l. un. C. *ubi de poss. agi op.*, wornach bey dem Interdict unde vi oder der actio momentariae possessionis *loci judex* cognosciren soll (*convenit judicare*). Da aber in Fällen dieser Art auch der Beklagte in der Regel als noch anwesend vermuthet werden kann, und es sich hier von einem Delict handelt, so ist wohl im Ganzen nichts Besonderes dadurch festgesetzt worden, und dann steht es noch dahin, ob nicht unter dem loci judex wieder nur ein untergeordneter Ortsrichter zu verstehn seyn dürfte. Hiermit verbindet sich

3. die Frage: Wie verhielt es sich nun mit den actio-

---

7) §. 5. J. *de obl. q. q. c. contr.* Die Glosse ad l. un. C. *ubi fideicomm.* deutet ebenfalls diese Ansicht an.

nibus in rem scriptis? Es wird wohl nicht bezweifelt, daß die Klagen, welche unter diesem Namen zusammengestellt werden, ihrer Natur nach zu den persönlichen gehören [8]). Nach Analogie der Interdicte, von denen es ausdrücklich gesagt wird: interdicta omnia, *licet in rem concepta videantur, vi tamen personalia sunt* [9]), müßte man auch bey jenen annehmen, daß sie ausschließlich dem judex domicilii angehörten; denn die obige allgemeine Disposition: sed et in locis, in quibus *res propter quas contenditur* constitutae sunt, jubemus *in rem actionem* adversus possidentem moveri, setzt eine in rem actio ausdrücklich voraus. Nur erst aus Nov 69. c. 1. und 2. läßt es sich rechtfertigen, daß actiones in rem scriptae, mit Einschluß der dahin zu rechnenden Interdicte gegen einen anderswo Domicilirten, beym Richter der Sache angebracht werden können, wenn sich Jemand, der zu seinem Hause gehört, unter des Letztern Jurisdiction befindet. Gewiß ist aber hinreichender Grund vorhanden, diejenigen actiones in rem scriptas, welche offenbar Surrogate einer Vindication sind, oder eine solche involviren, z. B. die actio quod metus causa, besonders wegen l. 3. C. *de his quae vi metuve*, in Ansehung des Gerichtsstandes nach Analogie der wahren Realklagen zu beurtheilen.

Ich komme nun zu dem obigen Resultate zurück, daß nach dem Römischen Recht, wie es uns vorliegt, die actiones in rem sowohl beym Richter des Wohnorts und zwar dann jederzeit, als auch bey dem Richter der Sache, jedoch dieses nur unter der Voraussetzung, daß sich der Besitzer entweder selbst, oder für ihn ein Andrer unter der Jurisdiction des gedachten Richters vorfindet, nach der Wahl des

---

8) Vergl. *Ant. Fabri* Conject. i. c. lib. XX, c. 10. *Jo. Corasii* Miscell. i. c. lib. 1, c. 22.

9) L. 1. § fin. D. *de interd.*, wo zugleich Ausnahmen des Satzes bemerkt sind.

Klägers [10]) angestellt werden können. Die Erklärer des Römischen Rechts in neuerer Zeit sind in diesem Resultat freylich nicht durchaus einverstanden. Gonzalez hat in seinem Commentar zu c. 3. X. de foro compet. die verschiedenen Ansichten zusammengestellt. Am abweichendsten ist die, auch von Donellus, in den Comm. j c. XVII, c. 17. (wegen l. 38. D. *de judic.*, wovon oben die Rede war,) angenommene Ansicht, daß das forum rei sitae als ein ausschließliches gegen das des Wohnorts zu betrachten sey, was von Vinnius und Andern bereits widerlegt worden ist. Das aber haben, wenn ich nicht irre, die Meisten, wo nicht Alle, übersehn, daß zum forum rei sitae die Anwesenheit eines Besitzers erforderlich sey, obgleich noch Nov. 69. dies als unerläßliches Requisit darstellt [11]).

Wir haben nun zu untersuchen, was für ein Recht sich über denselben Gegenstand in den Deutschen Gerichtskreisen gebildet hat. Und hier glaube ich aus den ältern Reichs-Constitutionen und dem Schwabenspiegel, denen noch andere Beweisstücke beygefügt werden könnten [12]), zur Genüge nachgewiesen zu haben, daß es alten Deutschen Rechtens war: „wo das eygen liegt, da soll man auch darüber richten, und darüber soll kein andrer richten, denn auf der rechten Dingstatt;" denn der Kläger

---

10) Vergl. die Glosse ad l. 3. C. *ubi in rem.*

11) Wenn ich in meinen Institutionen S. 146. Not. 11. gesagt habe, die Lehre vom Gerichtsstande sey nach Röm Recht unabhängig davon, wo sich der Gegner gerade finde; so muß ich bitten, dies blos von den persönlichen Klagen zu verstehen. Bey einer an einem gewissen Orte zu erfüllenden obligatio liegt dem Schuldner die Pflicht ob, sich zur gehörigen Zeit dort finden zu lassen. Zeigt er sich nicht, so latitirt er. Das kann man aber bey Realklagen nicht annehmen.

12) S. besonders *Hombergk* Z. V. Diss. de foro rei sitae ejusque amplitudine ap. Germ. Marp. 1747. Vergl. auch die Urkunde bey Schilter Prax. j. rom. Ex. 13, § 31. Not.

mußte das Recht nehmen nach des Landes Recht, darinnen das Gut lag; Grund und Boden hatte bey den Deutschen eigne Rechte, (während bey den Römern das persönliche Rechtsprincip vorherrschte,) die Gewähr des ächten Eigenthums konnte nur von dem erlangt und rechtmäßig zuerkannt werden, in dessen Schutz die Sache lag oder gegeben war [13]. Wie ward es aber nach Einführung der fremden Rechte? Das canonische Recht spricht zwar in c. 3. X. *de foro comp.* deutlich genug eine Ausschließlichkeit des fori rei sitae aus, wenigstens nehmen es so die Summisten: indessen behielt doch die Meinung der Glossatoren sowohl zum Römischen als zu jenem Recht die Oberhand, daß zwar das forum rei sitae gesetzlich anerkannt sey, daneben aber das forum domicilii concurrire [14], bey jenem auch keineswegs die Anwesenheit des Besitzers nothwendig sey [15]. Zählt man die Stimmen der angesehenern Practiker, so ist gewiß auch die Mehrzahl bey weitem für diese Concurrenz [16]; dennoch haben einzelne Landesgesetze die Ausschließlichkeit, versteht sich, nur in Ansehung der Immobilien, noch immer anerkannt [17]. So war es auch in Frankreich, wo die Jurisprudenz nie in dem Römischen Recht die Germanischen eigenthümlichen Principien gänzlich untergehen ließ, und nach der allgemeinen

---

13) Vergl. den Anhang zu diesen Bemerkungen.

14) Gloss. ad l. 3. C. *ubi in rem* etc. und ad cap. fin. X. *de foro comp.*

15) Gloss. ad l. un. C. *ubi de haered.*, wo die Worte: *si ibi degit* erklärt werden: *maxime si ibi degit.* Vergl. *Lauterbach* Coll. theor. pr. V. 1. §. 54.

16) Selbst Schilter hat sich dafür entschieden l. c. Vergl. *Leyser* LXXIX. med. 9; auch *Pufendorf* Obs. 113. t. I. p. 301. Dagegen *Martini* Proc. II, 11. und in neuerer Zeit auch A. D. Weber Beytr. z. L. v. Klagen und Einreden No. 11.

17) Z. B. auch die Preußischen Gesetze, wo man aber zum Verständniß der A. G. O. nothwendig die erweiterten Stellen des corp. jur. Frid. hinzunehmen muß.

Praxis in den Niederlanden [18]). Daß es jetzt in den Deutschen Staaten einen durchaus conformen Gerichtsbrauch in diesem Stück gebe, wird man schwerlich behaupten können; die Wissenschaft kann dies unentschieden lassen. Wo Grund und Boden noch eignes Recht hat und wo es eigne Gerichtsbarkeit dafür gibt, z. B. für schrifftsässige Güter, da muß auch noch jetzt die Ausschließlichkeit des fori realis behauptet werden; wo aber eine bestimmte Beybehaltung des Germanischen Princips nicht nachgewiesen werden kann, wird man freylich genöthigt seyn, das Römische Recht als Grundlage anzuerkennen; so daß also der Kläger die Wahl haben würde, sowohl bey eigentlichen actionibus in rem, als auch bey denjenigen, die in rem scriptae sind, jedoch mit den erstern eine genaue Analogie haben [19]), entweder in foro domicilii oder rei sitae zu klagen, ohne Unterschied, ob es res immobiles oder mobiles sind [20]), und ohne daß es heut zu Tage wegen der Verbindung, in der alle Landesgerichte zu einander stehn, noch darauf ankommen kann, ob sich der Gegner persönlich finden läßt, oder nicht.

Wir gehn nun zu dem zweyten Gegenstande dieser Bemerkungen über, dem eigentlich das Bisherige — was ja ohnehin nicht viel Neues enthalten konnte — als Einleitung dienen sollte. Es ist die Frage, ob der bey seinem persönlichen Richter Beklagte dem Kläger eine dingliche Klage als Gegenklage entgegensetzen, und umgekehrt, ob der in foro rei sitae Beklagte eine persönliche Klage reconveniendo anbringen könne? Meines Wissens ist diese gewiß nicht ganz unerhebliche Frage noch nicht ganz erschöpfend beleuchtet

---

18) Vergl. *Gudelin* J. Nov. 4, 2, No. 21.

19) Die unbedingte Zulässigkeit der actionum in rem scriptarum nimmt an *Boehmer* J. E. P. II, 2. pag. 1023.

20) Denn das Römische Recht unterscheidet nicht, wie auch die Glosse bemerkt.

worden [21]). Meiner Meinung nach verhält es sich damit, wie folgt.

Bis zu Justinian stellt sich nirgends ein festes Princip für das, was wir Reconventionen nennen, heraus. Wohl aber ergibt sich aus den Zeiten der spätern classischen Juristen als feststehender Gebrauch:

1. Wer mit einer actio bonae fidei angegriffen ward, konnte seine Gegenforderungen aus demselben Geschäft in eodem judicio, jedoch nur zum Behuf seiner Freysprechung, nicht auch um eine gegenseitige Verurtheilung zu bewirken, vorbringen. Wollte er Letzteres, und betrugen die Gegenforderungen mehr, so mußte besonders geklagt werden [22]).

2. Bey actionibus stricti juris konnte seit D. Marcus wegen Gegenforderungen die Abweisung des Klägers mittelst der exceptio doli, die das judicium in ein judicium bonae fidei verwandelte, bewirkt werden [23]). Außerdem mußte der argentarius bey jeder actio certi aus seinen Büchern die compensanda ejusdem generis ac naturae gegen sich ipso jure anerkennen, wie wir nun aus Gajus wissen [24]). Und in ähnlicher Art konnte einem bonorum emptor jede Art von Gegenforderung an den Gemeinschuldner, aber gewiß alles dies nur zur Abweisung des Klägers, als deductio opponirt werden [25]).

3. Bey actionibus in rem ließen sich in demselben Proceß nur die Gegenforderungen, die zu einer deductio

---

21) Es handeln davon ausführlicher *Ant. Faber* Conject. i. civ. lib. xx, c. 6 – 8. und *Borgia* Investigationes p. II. pg. 333. ed. Neap.

22) Gajus in l. 18. §. 4. D. *commodati.*

23) §. 30. J. *de action.*

24) Comm. IV, §. 64.

25) Ib. §. 65.

berechtigten, theils ipso jure, theils per exceptionem doli mali geltend machen [26].

Ließ sich nun eine Gegenforderung nicht auf eine solche Weise anbringen, oder wollte man die ausdrückliche Verurtheilung des Gegners, so mußte man eine eigne Formel gegen den bisherigen Kläger nehmen und hierbey war es, wie es scheint, Grundsatz, daß die Gegenklage an den nämlichen judex verwiesen werden mußte, der nun zugleich über die mutuas petitiones urtheilte [27]. Eine Verurtheilung konnte vor Beendigung der andern Sache nicht vollstreckt werden [28]. Daß die verschiedenen Sachen unter sich hätten connex seyn müssen, davon finde ich wenigstens keine Spur [29]. Dagegen aber ist es wahrscheinlich, daß der Gerichtsvorstand auch in Ansehung der Gegenklage competent seyn mußte, und nur Privilegien nicht in Betracht kamen [30].

Zufolge l. 14. C. de sent. et interloc. stellte nun

---

26) Vergl. l. 38. D. *de petit. haered.* Vergl. auch *Cujac.* Obs. 15, 12.

27) S. l. 38. D. *mandati* und l. 6. C. *de compensat.* l. 1. C. *rerum amotar.*, besonders l. 11. §. 1. D. *de jurisd.*

28) L. 1. §. 4. D. *quae sentent. sine app.* und die zwey zuletzt bemerkten Stellen der vor. Note.

29) Gegen die Voraussetzung der Connexität spricht sogar nicht undeutlich l. 38. D. *mandati.*

30) Die entgegengesetzte Annahme hat allerdings **Paulus** in l. 22. D. *de judic.* für sich. Es heißt dort so: qui non cogitur in aliquo loco judicium pati, si ipse ibi agat, cogitur excipere actiones et ad eundem judicem mitti. Indessen wäre es doch möglich, wie **Faber** annimmt, daß Paulus hauptsächlich an diejenigen Personen gedacht habe, welche durch besondere Bestimmungen von der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit ausgenommen waren, wie z. E. die legati. **Für die obige Ansicht** ist besonders der Umstand, daß erst unter Zeno und Justinian auch der incompetente Richter des Klägers für die Wiederklage ausdrücklich für competent erklärt wurde.

schon Papinian in seinen quaestionibus die Ansicht auf: der Richter könne den Kläger verurtheilen, si e contrario obnoxius fuerit inventus. Schwerlich hatte sich Papinian so unbestimmt ausgedrückt. Seine Meinung wird als etwas Besonderes und Abweichendes vorgetragen. Nun war es ja wohl schon gewiß, daß bey mutuis petitionibus der ursprüngliche Kläger verurtheilt werden konnte. Vielleicht hatte also Papinian blos an die contraria judicia gedacht und gegen Gajus angenommen, daß bey einem judicio b. f., wenn das contrarium judicium opponirt würde, schon eodem judicio nicht blos eine Freysprechung des Beklagten, sondern gar wohl auch eine Verurtheilung des Klägers ausgesprochen werden dürfe; vielleicht dachte er auch an die contraria judicia ad coërcendam calumniam, wovon Gajus Comm. IV. handelt, wie ich an einem andern Ort ausführen werde. Irre ich nicht, so war auch selbst Justinians Absicht blos die, Papinians Meinung in Hinsicht der judiciorum contrariorum zu bestätigen, welche ex eodem negotio emanirten; denn der Schluß der Verordnung enthält wenigstens eine beyläufige Hinweisung darauf [31]), auch die Ermächtigung der Richter, contra actorem aliquid eum daturum vel facturum pronunciare, steht damit in Einklang. Denn die Intentio bey den judiciis b. f., wo ein entgegengesetztes Judicium überhaupt nur vorkam, ging ja gerade auf ein dare facere. Blos die bestimmte Entscheidung fügte der Kaiser bey, daß es auf die Competenz des Richters in Ansehung des Klägers durchaus nicht ankommen solle. Man könnte vielleicht einwenden, daß zu Justinians Zeit eine so genaue Formel-Terminologie nicht mehr gesucht werden dürfe, indessen jene frühern Decisionen

31) Cujus enim in agendo observat arbitrium, eum et contra se judicem *in eodem negotio* habere non dedignetur. Die Glosse macht die Bemerkung, daß man sich bey den Worten in eod. neg. denken müsse: *maxime*.

von 530 verrathen allerdings noch eine hinlängliche Bekanntschaft mit dem ältern Klagesystem [32]).

Eine andere, hier nicht zu übergehende, Aenderung Justinians war nun die bekannte in Betreff der Compensationen, wornach diese unbedingt sowohl bey Personal- als auch bey Realklagen für zulässig erklärt wurden [33]), und womit also auch der frühere Unterschied zwischen compensatio und deductio wegfiel. Wie aber war es, wenn die Gegenforderungen den Betrag der Klage überstiegen? Hier mußte der Beklagte, wenn er das Mehr haben wollte, noch immer eine mutua petitio anstellen, und darin blieb es wohl im Ganzen noch bey dem frühern Recht, nur wird man wegen der in den Basiliken befindlichen const. 5. C. de fruct et lit. exp. annehmen können, daß die Zuständigkeit des judex conventionis wegen jeder Widerklage im Allgemeinen schon entschieden war.

Die letzte Verordnung Justinians über diesen Gegenstand ist die bekannte Novelle 96. c. 2., die dem Beklagten sogar eine Art von Zwang auflegte, jede Gegenklage, die er wider den Kläger habe, bey demselben Richter anzubringen.

Es fragt sich nun, da wir uns mit dem allgemeinen Gesetz der Reconventionen nicht weiter zu beschäftigen haben, beziehen sich die Bestimmungen des Römischen Rechts auch auf den Fall, wenn auf der einen Seite eine Realklage, auf der andern eine persönliche ist? Ausdrücklich bezieht sich keine Stelle darauf, wenn man der l. 14. C. *de sent. et interl.* die obige alt-classische Deutung gibt, und nicht vielmehr geneigt ist, den Worten: si e contrario obnoxius fuerit inventus — actorem daturum vel facturum pronunciare einen weiteren, mehr natürlichen Sinn unterzulegen und die Worte: in eodem negotio, nicht besonders zu berücksichti-

---

32) Vergl. z. B. l. 4. §. 5. C. *de recept. arb.*

33) L. ult C. *de compensat.* §. 31. J. *de action.* und Theophilus daselbst.

gen [34]). Nichts desto weniger halte ich dafür, daß nach Römischem Recht auch der eben gedachte Fall unter das allgemeine Gesetz der Reconventionen gehört. Denn einmal wiederhole ich, daß sich ja doch auch die Realklagen am Ende in pecuniäre Verurtheilung auflösen, wenn der Besitzer die Sache nicht restituirt und die äußersten Zwangsmittel nicht angewandt werden können oder sollen, folglich er die litis aestimationem sufferre vult; dann spricht dafür die Analogie der Compensationen, welche Justinian indistincte gegen Real- und Personalklagen zugelassen haben will; ferner der Umstand, daß die Realklagen durchaus kein ausschließliches Realforum hatten, sondern in der Regel dem allgemeinen Domicil folgten; endlich die allgemeinen Ausdrücke der Novelle 96 [35]). Die Gegengründe sind sehr schwach, und von allen, die Faber vorbringt, ist nur der einzig scheinbare der, daß bey actionibus in rem ja nicht eigentlich die Person, sondern die Sache angegriffen werde, und von einer obligatio dabey nicht die Rede sey. Wer sieht aber nicht, daß dies eine nur ausgeklügelte Subtilität ist, dem Römischen Recht völlig fremd; nirgends sehen wir, daß bey Realklagen die Sache selbst angegriffen werde, sondern immer wird eine Person wegen eines Rechts an einer Sache beansprucht.

Wie ist es jetzt? Das canonische Recht hat die Schwierigkeiten, die die Erklärung des Römischen bey unsrer Streitfrage macht, nicht beseitigt. Das c. 3. de rescr. in 6. enthält eine Bestätigung der Nov. 96., spricht jedoch aller-

---

34) Ich habe selbst diese Ansicht bisher gehabt (Instit. S. 147) und wage sie auch noch nicht gänzlich zurückzunehmen. Das Wort *facere* läßt sich besonders weit nehmen. Pompon. l. 175. *D. de V. S.* „*faciendi* verbo *reddendi* etiam causa continetur.

35) Es heißt daselbst: si quis obnoxium arbitratur habere eum, qui conventionem exposuit.

dings nur von Personalklagen; allgemeiner aber ist c. 1. X. *de mutuis petit.*, wo der Papst indistincte die Zulässigkeit der von den Beklagten reconveniendo aufgestellten quaestiones für zulässig erklärt. Die Canonisten und Curialisten behaupteten auch, wie Faber noch von seiner Zeit bezeugt, mordicus, daß auch Realklagen dem foro conventionis folgten, und zwar selbst dann, wenn die persönliche Klage im geistlichen Forum angebracht worden wäre. Gleiches nahm Baldus auf den Grund von l. 14. C. de sent. et interlocut. an; die neuern Practiker scheinen die Meinung von einer so weit reichenden Kraft des Gerichtsstandes der Reconvention gar nicht in Zweifel zu ziehn [36]. Dies wird denn allerdings auch unsre Meinung seyn müssen, ausgenommen da, wo noch ein ausschließliches forum reale für die Immobilien eintritt, dessen historische Begründung wir vorhin gesehen haben. Denn als Reconvention kann denn die Realklage nicht bey dem ungehörigen Richter angebracht werden, weil sie ihren eignen Richter hat, und der ganz specielle Gerichtsstand nicht nach den allgemeinen Regeln der Conventio und Reconventio beurtheilt werden kann; und einer Realklage kann eine damit gar nicht in Verbindung stehende andre Klage nicht opponirt werden, weil sich hier die l. 22. D. de judiciis in umgekehrter Richtung anwenden läßt; nämlich so: qui cogitur in aliquo loco judicium pati, is, si ibi agit *non* cogitur excipere actiones et ad eundem judicem mitti.

Anhang.

Es ist oben von dem eignen Recht des deutschen Grundes und Bodens die Rede gewesen, und von der Ansicht, wie

36) Vergl. u. a. *Leurenii* Jus can. t. II. qu 234. Daß übrigens die andern Erfordernisse der Reconvention, namentlich idem genus processus vorhanden seyn müsse, versteht sich von selbst.

in dem Schutzrecht desselben zugleich die Gerichtsbarkeit darüber gelegen sey. Vielleicht wird man aus der nachfolgenden Urkunde, die ich aus den Archiven einer Stadt des nördlichen Deutschlands mittheile, nicht ungern ersehen, daß auch in dem Weichbildrecht die Gerichte über Grund und Boden als enthalten angesehn wurden, wenn gleich ein landesherrlicher Richter die vogteyliche Gerichtsbarkeit hauptsächlich daselbst auszuüben und der Stadtrath an und für sich keine Gerichte hatte. Die Urkunde ist ein Magdeburg'sches Schöppen-Urtheil von 1367. Ich habe sie von meinem ältesten Bruder Dr. Carl Christian Heffter, jetzt Land- und Stadtrichter zu Jüterbog, mitgetheilt erhalten, und liefere sie in neuerer Orthographie:

„Wir Schöppen der Stadt zu Magdeburg bekennen, daß „die Rathmann der Stadt zu Jüterbog uns Rechtes haben „gefertigt in diesen Worten:

„Erzbischof Wichmann stiftete unsere Stadt Jüterbog „und besetzte sie zu Magdeburg'schen Rechte, das wir „noch brauchen, und gab und verbriefte der Stadt benannte Weide. Derselben Weide hat die Stadt gebraucht bißher zu der Stadt Frommen, also daß man „die Weide ein Theil zu Acker, zu Hopfgarten, zu Wiesen hat gemacht und Zins darauf gelegt, den man der „Stadt gibt. Den Acker, die Hopfgarten, die Wiesen „und Weide hat man je geerbt, verlassen und empfangen vor dem Rathmanne und das beschrieben in der „Stadt Buch. Nun will der Richter der Stadt „diesen Acker ziehn in sein Gericht, daß man die vor „ihm soll geben, lassen und empfangen.

„Hierauf sprechen wir ein Recht: Es sollen die Rathmann „das in ihrer Stadt behalten, und nach Ausweisung ihres „Buchs bekennen und entscheiden und entrichten, „was daran zu richten ist. Und man soll den Acker, „Hopfgarten und Wiesen und Weiden verlassen und empfan-

»gen und vererben vor den Rathmann, als man bißher noch »gethan hat. Und die Richter und Schöppen mögen »das nicht ziehn in ihr Recht und sollen deren »nicht entrichten, noch entscheiden nach den Maa- »len, daß die Rathmann ihre Wiesen mit Briefen und mit »der Stadt Zins, den sie darauf haben, beweisen und zeugen »mögen. Fortmehr, erstirbt des Ackers Hopfgarten, Wiesen »und Weide, die die Stadt zu Zinsen erblichen verthan hat »und verlassen hat, was erblos, das sollen sich die Rath- »mann unterwinden und behalten von der Stadt wegen und »nicht der Richter nach dem Maale es der Stadt »eigen ist, und das vor Richter und vor Schöppen nie »verlassen haben. Von Rechtswegen. Gegeben 1367 in der »Hoch-Zeit der heiligen Dreyfaltigkeit.«



X.

Ueber die Quasi-Pupillar-Substitution.

Von Thibaut.

Es ist wohl nicht leicht durch unsre Deutsche Praxis ein Satz so unbedenklich und allgemein angenommen, als der Satz, daß das gesammte Gut rasender Kinder an deren Quasi-Pupillar-Substituten fällt. Neuerlich erklärten sich indeß Unterholzner [1]) und Löhr [2]) dagegen, indem sie behaupteten, der Substitut erwerbe nur die, durch letztwillige Dispositionen des Testators auf das Kind übergegangenen Güter, und darüber habe jeder parens ausschließliche

1) In diesem Archiv 2. B. 1. Hft. No. 5.

2) Archiv 5. B. 1. Hft. S. 116 – 120.